

Prof. Dr. Markus Müller

Dr. Reto Feller

(Hrsg.)

Bernisches Verwaltungsrecht

Schriftleitung: Dr. theol. Christian Kissling, MLaw



Stämpfli Verlag AG Bern · 2008

Inhalt

Geleit	V
Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Legalabkürzungsverzeichnis	XXV
Verzeichnis der abgekürzt zitierten Kommentarwerke	XXXVII
1. Kapitel: Verwaltungsorganisationsrecht	1
I. Einleitung	2
II. Verfassungsrechtliche Vorgaben	4
1. Bundesverfassung	4
2. Kantonsverfassung	6
III. Die Organisationsgesetzgebung im Überblick	8
1. Vorbemerkung	8
2. Entstehungsgeschichte	9
3. Regelungsbereich	10
IV. Staatsleitung und Staatsführung	13
1. Vorbemerkung	13
2. Der Regierungsrat als Staatsleitungsorgan	14
3. Status Quo im Zeitalter der Neuen Verwaltungsführung (NEF)	17
4. Regierungsreform	21
V. Verwaltungsorganisation und Verwaltungsführung	22
1. Vorbemerkung	22
2. Leistungsvereinbarung	23
3. Führungsgrundsätze und Führungsinstrumente	25
VI. Ausgewählte organisationsrechtliche Probleme	30
1. Rechtsetzung	30
2. Unvereinbarkeiten und Ausstandspflichten	35
3. Vertretung des Kantons...	38
4. Qualitätssicherung	42
	IX

2. Kapitel: Personalrecht	45
I. Entwicklung des bernischen Personalrechts	47
II. Bundesrecht und kantonales Personalrecht	49
1. Bundesrechtliche Rahmenbedingungen	49
2. Personalrechtliche Vorgaben der Kantonsverfassung	50
III. Geltungsbereich	51
1. Anwendungsbereich	51
2. Abweichende Vorschriften in der besonderen Gesetzgebung	52
3. Einschränkungen des Anwendungsbereichs	53
IV. Hauptelemente des bernischen Personalrechts	54
1. Allgemeines	54
2. Gehalt und andere finanziellen Leistungen	57
3. Pflichten und Rechte der Mitarbeitenden	59
4. Mitarbeiterbeurteilung und Arbeitszeugnis	63
V. Begründung, Änderung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses	64
1. Das Angestelltenverhältnis	64
2. Das Behördenverhältnis	72
3. Die vorläufige Einstellung im Amt	74
4. Die Folgen der Beendigung	75
VI. Verfahrensrecht	77
1. Primat der Verfügung bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis	77
2. Verfahrensrechtliche Merkmale	78
3. Rechtsschutz für die Gleichstellung der Geschlechter	79
4. Rechtsschutz im Bereich des individuellen Gehaltsaufstiegs (Leistungslohn)	80
5. Die aufsichtsrechtliche Anzeige	81
6. Rechtsmittel auf Bundesebene	82
7. Verfahrenskosten	83
VII. Lehreranstellungsrecht	83
1. Verhältnis zum kantonalen Personalrecht	83
2. Geltungsbereich	84
3. Hinweise zur Tätigkeit als Lehrkraft	85
4. Anstellungsform und -arten	86
5. Gehaltssystem	86

6. Auflösung eines Anstellungsverhältnisses	87
7. Rechtspflege	92
3. Kapitel: Staatshaftungsrecht	93
I. Gegenstand des Staatshaftungsrechts	95
II. Grundlagen des Staatshaftungsrechts	97
1. Haftungssysteme	97
2. Staatshaftung und Legalitätsprinzip	99
3. Eidgenössisches und kantonales Staatshaftungsrecht	100
4. Staatshaftung und staatliche Tätigkeiten	102
5. Deliktische und vertragliche Staatshaftung	103
6. Wegbedingung der Staatshaftung?	104
7. Primärer Rechtsschutz und Staatshaftung	105
III. Historische Entwicklung des Staatshaftungsrechts	107
1. Allgemein	107
2. Im Kanton Bern	107
IV. Rechtsquellen der kantonalen Staatshaftung	109
1. Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993	109
2. Allgemeine Staatshaftung: Personalgesetz vom 16. September 2004	109
3. Besondere Haftungsregelungen	110
V. Subjekte der Staatshaftung	111
1. Gemischtes System	111
2. Ausschliessliche Staatshaftung bei eigener Aufgabenerfüllung	112
3. Subsidiäre Staatshaftung bei externer Aufgabenerfüllung	113
VI. Elemente der Staatshaftung nach Personalgesetz	116
1. Schaden	116
2. Dem Staat zurechenbare schadensverursachende Personen	116
3. Ausübung einer amtlichen Tätigkeit	117
4. Keine gewerbliche Tätigkeit	118
5. Kausalzusammenhang	118
6. Widerrechtlichkeit	119
7. Reduktionsgründe	125
8. Haftung für objektivierete Sorgfaltspflichtverletzung	125
VII. Rechtsschutz	126
1. Grundsatz: Beschwerdeverfahren (ab 1. Januar 2009)	126

2. Ausnahmen: Klageverfahren	127
3. Bundesgerichtlicher Rechtsschutz	128
VIII. Beamtenhaftung	128
1. Grundsatz: Keine direkte Haftung der verantwortlichen Person	128
2. Ausnahmen	129
3. Rückgriff und Regressverzicht	130
4. Kapitel: Gemeinderecht	133
I. Geschichtliche und rechtliche Grundlagen	136
1. Geschichtliche Hinweise	136
2. Bedeutung der Gemeinden	139
3. Gemeinden als Institutionen des kantonalen Rechts	140
4. Grundlagen des bernischen Gemeinderechts	141
II. Gemeinden und andere gemeinderechtliche Körperschaften	142
1. Begriff, Arten, Bestand	142
2. Rechtliche Stellung	150
3. Verfassungsrechtlicher Schutz	153
4. Rechtsetzung in Gemeinden	156
5. Bildung, Aufhebung und Veränderung von Gemeinden	161
III. Organisation der Gemeinden	167
1. Allgemeines	167
2. Stimmrecht und demokratische Mitwirkung	171
3. Gemeindeorgane	174
4. Einsetzung der Organe	185
5. Die Pflicht zum Ausstand	193
IV. Gemeindeaufgaben	195
1. Begriff und Abgrenzungen	195
2. Übertragene und selbstgewählte Aufgaben	197
3. Erfüllung der Aufgaben	199
V. Finanzordnung	205
1. Elemente der Finanzordnung	205
2. Abgabehoheit der Gemeinden	205
3. Gemeindefinanzhaushalt	208
4. Haftung	216
5. Zwangsvollstreckung gegen Gemeinden	217

VI.	Verantwortlichkeit und Aufsicht	218
	1. Sorgfaltspflichten und Verantwortlichkeiten	218
	2. Disziplinarische Verantwortlichkeit im Besonderen	220
	3. Kantonale Gemeindeaufsicht	222
VII.	Rechtspflege	226
	1. Rechtsschutz gegen kommunale Akte	226
	2. Kantonale Akte in Gemeindeangelegenheiten	236
	3. Klageverfahren	237
	4. Kosten	239
VIII.	Zusammenarbeit der Gemeinden	239
	1. Allgemeines	239
	2. Modelle interkommunaler Zusammenarbeit	241
	3. Regionalkonferenzen	245
5.	Kapitel: Polizeirecht	251
I.	Einleitung	253
	1. Polizeirecht	253
	2. Entstehungsgeschichte der bernischen Polizeigesetzgebung	254
II.	Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen	255
	1. Polizeihochheit der Kantone	255
	2. Die Polizei im bernischen Verfassungsrecht	256
	3. Handlungsbestimmendes Verfassungsrecht	256
III.	Aufgaben der Polizei	260
	1. Grundsatz	260
	2. Sicherheitspolizei	260
	3. Gerichtliche Polizei	262
	4. Verkehrspolizei	262
	5. Amts- und Vollzugshilfe	263
	6. Weitere Aufgaben	263
	7. Aufgabenwahrnehmung nach dem Subsidiaritätsprinzip	264
IV.	Zusammenwirken von Kanton und Gemeinden	264
	1. Kompetenzverteilung zwischen Kanton und Gemeinden	264
	2. Steuerungsmöglichkeiten der Gemeinde	265
	3. Kostenpflicht der Gemeinden	266
	4. Behandlung von Meinungsverschiedenheiten	269
	5. Untersuchung erfolgter Polizeieinsätze	270
	6. Kontaktgremium	271

V.	Zusammenarbeit mit anderen Kantonen und mit dem Bund	271
VI.	Zusammenarbeit zwischen Polizei und Privaten	273
	1. Private Sicherheitsunternehmen	273
	2. Beizug Privater zur Erfüllung polizeilicher Aufgaben	274
VII.	Organisation der Kantonspolizei	274
VIII.	Das Handeln der Polizei	275
	1. Systematik der gesetzlichen Regelung des polizeilichen Handelns	275
	2. Massnahmen- und Mittelkatalog	275
	3. Anhaltung und Identitätsfeststellung	275
	4. Festnahme	277
	5. Erkennungsdienstliche Massnahmen	277
	6. Wegweisung und Fernhaltung	279
	7. Polizeilicher Gewahrsam	283
	8. Durchsuchung von Personen, Sachen und Räumlichkeiten	289
	9. Sicherstellung und Einziehung	293
IX.	Der polizeiliche Zwang	296
	1. Begriff des unmittelbaren Zwangs	296
	2. Allgemeine Regeln der Zwangsanwendung	297
	3. Fesselung	297
	4. Schusswaffe	298
X.	Allgemeine verwaltungsrechtliche Fragen im Polizeirecht	302
	1. Datenschutzrechtliche Besonderheiten	302
	2. Schadenersatz	305
	3. Kostenersatz für Aufwendungen der Polizei	305
6.	Kapitel: Datenschutzrecht	307
I.	Verfassungs- und gesetzesrechtliche Grundsätze	308
	1. Grundrecht auf Schutz persönlicher Daten	308
	2. Datenschutz als Querschnittsmaterie	309
	3. Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Datenschutzrecht	309
	4. Gesetzgebungskompetenz der Kantone im Datenschutzrecht	310
II.	Geltungsbereich	311
	1. Grundvoraussetzungen der Anwendbarkeit	311

2. Personendaten	311
3. Behörde	312
4. Ausnahmen vom Geltungsbereich	313
III. Datenbearbeitung	314
1. Begriff der Datenbearbeitung	314
2. Gesetzliche Grundlage	314
3. Datenbeschaffung	315
4. Datenbearbeitung im engeren Sinn	316
5. Datenbekanntgabe	319
6. Ausscheiden der Daten aus dem Bearbeitungsprozess	325
IV. Verantwortung	326
V. Rechte der Betroffenen	327
1. Grundsatz	327
2. Auskunft und Einsicht	327
3. Berichtigung falscher und Vernichtung unnötiger Daten	329
4. Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands	330
5. Kosten	330
6. Verfahren und Rechtsschutz	331
VI. Datenschutzaufsichtsstelle	331
1. Organisation	331
2. Aufgaben	333
3. Kompetenzen der Datenschutzaufsichtsstelle	335
7. Kapitel: Raumplanungsrecht	339
I. Einleitung	341
1. Weshalb Planung?	341
2. Begriff des Raumplanungsrechts	342
3. Rechtsgrundlagen	343
II. Materielles Raumplanungsrecht	348
1. Planungsziele und -grundsätze	348
2. Planungspflicht	350
3. Planungsinstrumente	354
4. Koordinationspflicht	366
5. Ausgleich planungsbedingter Vor- und Nachteile	367
III. Raumplanungsrecht im Kanton Bern	368
1. Planungsebenen und Planabstimmung	368

2. Kantonalrechtliche Planungsgrundsätze	369
3. Das Planerlassverfahren	371
4. Planungszonen	383
5. Ortsplanung	386
6. Kantonsplanung	403
7. Regionalplanung	412
8. Erschliessung	419
9. Baulandumlegung, Grenzregulierung und Ablösung von Dienstbarkeiten	425
10. Planungsfinanzierung	429
11. Abschöpfung von Planungsmehrwerten	429
8. Kapitel: Öffentliches Baurecht	431
I. Begriff des öffentlichen Baurechts	433
II. Rechtsgrundlagen	434
III. Das Erfordernis der Baubewilligung	434
1. Beschränkte Baufreiheit	434
2. Begriff und Funktion der Baubewilligung	435
3. Bewilligungspflichtige Bauvorhaben	436
IV. Voraussetzungen der Baubewilligung	438
1. Zonenkonformität	438
2. Erschliessung	443
3. Gestaltung und Einordnung	444
4. Umweltschutz	451
5. Besondere Bauvorhaben	454
V. Die Ausnahmbewilligung	454
1. Begriff und Funktion	454
2. Geltungsbereich	455
3. Abgrenzungen	456
4. Ausnahmen nach Art. 26 ff. BauG	457
5. Ausnahmen nach Art. 24 ff. RPG	459
VI. Nebenbestimmungen zur Baubewilligung	467
VII. Das Baubewilligungsverfahren	468
1. Das Baugesuch	468
2. Vorprüfung und Bekanntmachung	469
3. Einsprachen und Rechtsverwendungen	470

4.	Zwischenentscheide, Amtsberichte und Umweltverträglichkeitsprüfung	471
5.	Koordination mit andern Verfahren	472
6.	Der Bauentscheid	473
7.	Das Rechtsmittelverfahren	477
VIII.	Andere Bewilligungsverfahren	478
1.	Bundesrechtliche Verfahren	478
2.	Andere kantonale Verfahren	479
IX.	Baupolizei	480
1.	Zuständigkeit und Aufgaben	480
2.	Die verwaltungsrechtlichen Sanktionen	480
3.	Die strafrechtlichen Sanktionen	484
X.	Der Lastenausgleich	484
1.	Allgemeines	484
2.	Voraussetzungen	484
3.	Schaden und Entschädigung	485
4.	Das Verfahren	486
9.	Kapitel: Enteignungsrecht	487
	A. Formelle Enteignung	487
I.	Grundlagen und Abgrenzungen	488
1.	Verfassungsrechtliche Grundlagen	488
2.	Abgrenzung formelle / materielle Enteignung	488
3.	Abgrenzung eidgenössisches / kantonales Enteignungsrecht	488
II.	Voraussetzungen der Enteignung	489
1.	Verfassungsrechtliche Schranken	489
2.	Der Enteignungszweck	490
3.	Gegenstand der Enteignung	491
4.	Bedingungen und Auflagen	491
III.	Erteilung und Umfang des Enteignungsrechts	492
1.	Die Erteilung des Enteignungsrechts	492
2.	Entscheid über den Umfang des Enteignungsrechts	493
3.	Rechtsmittel und Kosten	494
IV.	Das Schätzungsverfahren	495
1.	Das Verfahren vor der Schätzungskommission	495
2.	Das Rechtsmittelverfahren	496

V.	Die Entschädigung	497
	1. Entschädigungsgrundsätze	497
	2. Berechnung der Entschädigung	499
VI.	Verzicht, Vollzug und Rückforderung	502
	1. Verzicht auf die Enteignung	502
	2. Vollzug der Enteignung	502
	3. Rückforderungsrecht	502
VII.	Verschiedenes	503
	1. Vorbereitende Handlungen und vorzeitige Besitzeinweisung	503
	2. Ausdehnung der Enteignung und nachträgliche Forderungen	503
	3. Der Enteignungsvertrag	504
VIII.	Die Enteignung von Nachbarrechten	504
	1. Grundgedanke und Verfahren	504
	2. Allgemeine Voraussetzungen und Zuständigkeit	505
	3. Die Schadenersatzpflicht	506
IX.	Ablösung und Verlegung von Dienstbarkeiten	508
	1. Zweck und Voraussetzungen	508
	2. Verfahren und Entschädigung	508
X.	Eigentumsbeschränkungen von untergeordneter Bedeutung	509
	B. Materielle Enteignung	510
I.	Grundlagen	511
	1. Die Eigentumsgarantie und der Begriff der materiellen Enteignung	511
	2. Das Ausgleichs- und Entschädigungssystem von Art. 5 RPG	512
	3. Kantonalrechtliche Grundlagen der materiellen Enteignung	514
II.	Die materielle Enteignung	515
	1. Grundtatbestand	515
	2. Klassische Anwendungsfälle	519
	3. Bemessung der Entschädigung	525
	4. Verjährung des Entschädigungsanspruchs	528
	5. Ausdehnung der Enteignung, Verzicht auf die Planungsmassnahme, Rückforderung der Enteignungsentschädigung	529
	6. Verfahrensfragen	531

10. Kapitel: Umwelt- und Energierecht	539
I. Verfassungsrechtliche Grundlagen	541
1. Weitgehende Bundeskompetenzen	541
2. Verbleibende kantonale Kompetenzen	542
3. Bedeutung des kantonalen Verfassungsrechts	543
II. Umweltschutzrecht	545
1. Luftreinhaltung	545
2. Abfälle	547
3. Übrige Bereiche des Umweltschutzrechts	550
4. Umweltverfahrensrecht	551
III. Wald-, Naturschutz- und Gewässerschutzrecht	551
1. Walderhaltung	551
2. Natur- und Landschaftsschutzrecht	555
3. Gewässerschutzrecht	558
IV. Wassernutzungs- und -versorgungsrecht	560
1. Wassernutzungsrecht	560
2. Wasserversorgungsrecht	563
3. Wasserbaurecht	566
V. Energienutzungs- und -versorgungsrecht	568
1. Energienutzungsrecht	568
2. Energieversorgungsrecht	569
3. Energiesparrecht	572
11. Kapitel: Bildungsrecht	575
I. Ausgangslage und Überblick	579
II. Kindergarten und Volksschule	582
1. Verfassungsrechtliche Grundlagen	582
2. Interkantonale Vorgaben	584
3. Organisation	585
4. Rechte und Pflichten der Schülerinnen und Schüler	587
5. Rechte und Pflichten der Eltern	589
6. Hinweise zu den Bildungsgängen	590
7. Private Schulung	592
8. Rechtspflege	593
III. Sekundarstufe II	594
1. Verfassungsrechtliche Grundlagen	594

2. Interkantonale Vorgaben	595
3. Mittelschulen	595
4. Berufsbildung	600
IV. Hochschulen	604
1. Verfassungsrechtliche Grundlagen	604
2. Bundesrechtliche und interkantonale Vorgaben	605
3. Universität	606
4. Fachhochschule	610
5. Pädagogische Hochschulen	613
V. Ausbildungsbeiträge	617
1. Verfassungsrechtliche Grundlagen	617
2. Interkantonale Vorgaben	617
3. Grundsätze und Begriffe	618
4. Beitragsbedingungen	619
5. Fehlbetragsrechnung	621
6. Gesuchsverfahren und Rechtspflege	622
12. Kapitel: Gesundheits- und Sozialhilferecht	625
I. Einleitung	627
II. Gesundheitsrecht	629
1. Grundlagen	629
2. Handlungsfelder des bernischen Gesundheitsrechts	633
3. Die Rechtsstellung der Patientinnen und Patienten	638
4. Die Organisation und Steuerung des bernischen Gesundheitswesens	641
5. Die Finanzierung des Gesundheitswesens	648
6. Das Verfahren und der Rechtsschutz im öffentlichen Gesundheitsrecht	651
III. Sozialhilferecht	653
1. Grundlagen	653
2. Die Leistungen der Sozialhilfe	659
3. Die Rechtsstellung der leistungsbeziehenden Personen	664
4. Die Organisation und Steuerung der Sozialhilfe	666
5. Die Finanzierung der Sozialhilfe	672
6. Das Verfahren und der Rechtsschutz in der Sozialhilfe	675
IV. Ausblick	677

13. Kapitel: Wirtschaftsverwaltungsrecht	681
I. Bundesrechtliche Grundlagen und kantonale Kompetenzen	684
1. Wirtschaftsverfassung des Bundes	684
2. Kantonale Kompetenzen	684
3. Schweizerischer Wirtschaftsraum	686
II. Die bernische Wirtschaftsverfassung	689
1. Stellenwert und Struktur der bernischen Wirtschaft	689
2. Verfassungsrechtliche Grundlagen	690
III. Kantonale Regalrechte und Monopole	691
1. Grundsätzliches	691
2. Historische Regalrechte	692
3. Gebäudeversicherungsmonopol	692
4. Kaminfegermonopol	695
IV. Handel und Gewerbe	696
1. Grundsätzliches	696
2. Ladenöffnungszeiten	698
3. Beschränkungen des Handels mit Tabak und mit alkoholischen Getränken	704
V. Gastgewerbe	706
1. Der Gastgewerbegesetzgebung unterliegende Tätigkeiten	706
2. Gastgewerbliche Bewilligungen	708
3. Öffnungszeiten und verantwortliche Person	708
4. Einschränkungen und Verwaltungsmassnahmen	712
VI. Arbeitsmarkt	718
1. Bedeutung des Arbeitsmarktes	718
2. Kantonales Arbeitsmarktgesetz (AMG)	718
VII. Wirtschaftsförderung	721
1. Umfeld und Zielsetzungen der Wirtschaftsförderung im Kanton Bern	721
2. Aufgaben der bernischen Wirtschaftsförderung	723
3. Wirksamkeit der bernischen Wirtschaftsförderung	724
4. Wirtschaftsförderung im Spannungsverhältnis zwischen Transparenz- und Geheimhaltungsinteressen	725

VIII. Tourismus und regionale Strukturpolitik	726
1. Tourismus	726
2. Regionale Strukturpolitik	728
IX. Agrarrecht	730
1. Grundlagen	730
2. Bäuerliches Boden- und Pachtrecht	733
3. Landwirtschaftliche Strukturverbesserungen	736
14. Kapitel: Öffentliches Beschaffungsrecht	741
I. Einleitung	744
1. Begriff und Bedeutung	744
2. Erlass des ÖBG	746
II. Rechtsgrundlagen	746
1. Allgemeines	746
2. Übergeordnete Rechtsgrundlagen	747
3. Kantonale Gesetzgebung	751
4. Rechtsgrundlagen für Bundesbeschaffungen (Hinweis)	751
III. Geltungsbereich	751
1. Begriff der «öffentlichen Beschaffung»	752
2. Auftraggeber	753
3. Auftragsarten	755
4. Schwellenwerte	756
IV. Ziele und Grundsätze des Vergaberechts	758
1. Allgemeines	758
2. Wirtschaftliche Beschaffungen	759
3. Wirksamer Wettbewerb	760
4. Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbietenden	761
5. Transparenz	762
6. Rechtsschutz	763
V. Vergabeverfahren	764
1. Phasen der öffentlichen Beschaffung	764
2. Verfahrensarten	765
3. Ablauf des Vergabeverfahrens	770
4. Vertragsschluss	785
VI. Vollzug und Überwachung	786

VII. Rechtsschutz und Haftung	787
1. Rechtsschutz auf kantonaler Ebene	787
2. Rechtsschutz auf Bundesebene	795
3. Haftung	796
VIII. Einzelfragen	797
1. Ausstand und Vorbefassung	797
2. Vertraulichkeit und Schutz des geistigen Eigentums	798
3. Unterangebote	800
IX. Ausblick	801
15. Kapitel: Finanzverwaltungsrecht	803
I. Finanzhaushalt	806
1. Grundlagen	806
2. Steuerung und Steuerungsinstrumentarium	810
3. Haushaltsführung	812
4. Haushaltsanierung	817
5. Ausgaben und Ausgabenbewilligungen	820
6. Gebühren	826
II. Finanzkontrolle	830
1. Grundlagen	830
2. Ausgestaltung der Finanzkontrolle im Kanton Bern	832
III. Finanz- und Lastenausgleich	837
1. Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA)	837
2. Finanz- und Lastenausgleich im Kanton Bern	841
IV. Staatsbeiträge	847
1. Allgemeine Grundsätze und Ziele	847
2. Arten von Staatsbeiträgen	848
3. Verfassungsrechtliche Grundlagen und Gesetzmässigkeit von Staatsbeiträgen	850
4. Staatsbeitragsverhältnis und Rechtsschutz	852
5. Erfolgskontrollen	854
6. Finanzpolitische Steuerungsmechanismen	854
Stichwortverzeichnis	857
Autorenverzeichnis	879